

LEGALIDADE E A REGULAÇÃO PELAS AGÊNCIAS NO DIREITO BRASILEIRO

Artur Osmar Novaes Bezerra Cavalcanti

*Bacharel em Direito pela UNICAP e
pós-graduando em Direito Tributário
pelo IBET e pela ESMAPE*

Sumário: 1. Regulação e Função Regulatória; 2. A Função Regulatória; 3. O Princípio da Legalidade e a Regulação.

1. REGULAÇÃO E FUNÇÃO REGULATÓRIA.

De Início, se faz necessário tentar conceituar o que vem a ser regulação, para que se possa falar das características gerais dos entes responsáveis por ela.

Antonio Gelis Filho¹ afirma que o conceito de regulação pode ser tomado em vários sentidos e que é nas ciências exatas onde se encontra de forma mais ampla a definição sobre sistemas reguladores. São sistemas que se preocupam em manter o efeito de uma determinada variável a um nível pré-determinado, específico. Traz como exemplo de tal tipo de sistema um termostato.

Cita-se como exemplo de um sistema regulador o funcionamento de uma geladeira doméstica, onde uma determinada temperatura é pré-selecionada. A partir do momento em que se abre ou se coloca um objeto com temperatura mais elevada, ela trabalhará mais, para manter o padrão previamente estabelecido. Já se ficar permanentemente fechada, não havendo tanta troca de calor com o meio externo, precisará de menos trabalho para executar a mesma tarefa. Esse é o funcionamento de um sistema regulador. Variáveis são adicionadas e, a

¹ GELIS FILHO, Antonio. Análise comparativa do desenho normativo de instituições reguladoras do presente e do passado. *Revista de Administração Pública/FGV*, Rio de Janeiro, v.4, p. 593, 2006.

partir delas, alterar-se-á o funcionamento, para tentar manter sempre o padrão previamente estabelecido.

O mesmo autor continua:

Já a correspondência com os sistemas reguladores poderia ser encontrada nas instituições autônomas da administração indireta, dotadas de alta capacidade de resposta às pressões do meio, com ampla liberdade de ação para implantar as políticas determinadas pelo poder central (as quais seriam equivalentes, nessa comparação, aos níveis predeterminados de efeitos que os sistemas reguladores devem manter). Claro que a comparação entre os sistemas tecnológicos e sistemas governamentais é imperfeita, mas serve para ilustrar a ampla possibilidade de ruídos de comunicação quando o assunto é regulação. Já no campo das ciências sociais aplicadas, encontramos divergências entre os autores quanto ao conceito de regulação. (...)

Definimos regulação como a intervenção do Estado na economia e na atividade social com a finalidade de corrigir falhas de mercado e aumentar o *welfare*, sem que tal intervenção implique a produção direta de bens e serviços por instituições estatais.²

O professor norte americano Kenneth F. Warren afirma que: “*Governmental regulation basically consists of any efforts aimed at resolving various defects or failures in the open, or free, marketplace*”³ e Dominique Custos completa: “*Originally, the independent agency symbolized the vesting in idealized experts of regulatory powers over the economy, that challenged the common law notions of property and contractual freedom, in the name of public interest.*”⁴ Afirma ainda que: “*the regulatory mission was translated into the model of combined-function agency, which makes the rules, investigates, prosecutes and adjudicates.*”⁵ É nesse mesmo sentido

² *Ibidem*. p.594

³ A regulação governamental basicamente consiste em quaisquer meios destinados a resolver defeitos e falhas no Mercado aberto ou livre (tradução livre do autor)

WARREN, Kenneth F. *Administrative Law In The Political System*, New Jersey, 3. ed, 1997. p. 81

⁴ Originalmente, as agências independentes simbolizavam a visão idealizada por especialistas em poderes regulatórios sobre a economia, aquilo mudou as noções do “common law” sobre propriedade e liberdade contratual, em nome do interesse público. (tradução livre do autor)

⁵ A missão regulatória pode ser traduzida no modelo de agência de função-combinada, que faz as normas, investiga, processa e decide. (tradução livre do autor)

que Vital Moreira se coloca ao dizer que: “um conceito operativo de regulação econômica se traduz no estabelecimento de regras para a actividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos.”⁶

F. Gazier e Y. Cannac:

Quelque chose d'intermédiaire entre le choix des politiques, qui n'appartient qu'aux autorités élues ou directement contrôlées par les élus, et la gestion des services que est l'affaire des administrations, placées sous le pouvoir hiérarchique ou la tutelle des premières. La régulation est la tâche qui consiste à assurer entre les droits et les obligations de chacun le type d'équilibre voulu par la loi. Elle implique dans une certaine mesure ce qu'on appelle aujourd'hui une vision “systémique” de la société et de ses rapports avec l'Etat. Autrement dit l'idée que le rôle de celui-ci est moins de commander directement aux acteurs sociaux que d'établir entre eux des “regles de jeu” et de veiller à ce qu'elles soient respectées. Seul elle première de ces tâches est proprement politique et relèverait donc directement du Parlement et du gouvernement. La seconde, sans être en rien juridictionnelle, nécessite des vertus de neutralité, d'équité et d'humanité qui s'apparentent jusqu'à un certain point à celles que l'on attend d'un juge.⁷

Sobre um conceito de regulação, dissertam Vital Moreira e Fernanda Maças:

Em termos sintéticos podemos dizer que o conceito de regulação tem subjacente a idéia de uma nova forma de relação entre o Estado e a so-

⁶ MOREIRA, Vital ; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto da Lei-Quadro*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p.16

⁷ Alguma coisa intermediária entre as escolhas dos políticos e as escolhas que não competem às autoridades eleitas ou diretamente controladas pelos eleitos, e a gestão dos serviços que é atribuição dos administradores, situados sob o poder hierárquico e a tutela dos primeiros. A regulação é a atividade que consiste em assegurar entre os direitos e obrigações de cada um, o equilíbrio desejado pela lei. Implica em certa medida, no que chamamos hoje de visão sistêmica da sociedade e de suas relações com o Estado. Por outro lado, externa a idéia de que o papel daqueles é menos de comandar diretamente os atores sociais que estabelecem dentre eles “as regras do jogo” e fazer com que elas sejam respeitadas. Só a primeira dessas atribuições é verdadeiramente política e decorre diretamente do parlamento e do governo. A segunda não sendo em nada jurisdicional, necessita das virtudes, da neutralidade, da equidade e humanidade que assemelham de certo modo aquelas que se espera de um juiz. (tradução livre do autor) GAZIER, F. Cannac, Y. APUD , Marie-José. *Les autorités administratives indépendantes*. Paris: LGDJ, 1991, p. 21

cidade, que colhe a sua fonte numa visão “sistêmica” da mesma. Segundo esta forma de entender as coisas, o papel que o Estado é chamado a desempenhar não é tanto o de comandar directamente os atores sociais, mas antes o de estabelecer entre eles as regras do jogo, e o de vigiar pelo cumprimento das mesmas. Por conseguinte, verifica-se que os fenómenos da liberalização, da regulação, com sentido apontado, e da criação de autoridades independentes andam associados. **O que distingue regulação independente é o facto de ela ter passado a ficar fora da órbita governamental, dentro da qual tradicionalmente se inseriam todas as funções administrativas e de execução das leis em geral.** Desse modo, o panorama da regulação alterou-se substancialmente, sobretudo quanto ao seu formato institucional e quanto à relação com o Governo. (negritos inexistentes no original)⁸

De fundamental importância a observação de Vital Moreira e Fernanda Maças, pois regulação e sua utilização pela administração pública não são novidades, como já foi dito anteriormente. O que importa destacar é justamente essa “independência” expressa no facto de tais entes terem passado para fora da órbita de poder onde se encontravam ficando localizados em posição onde têm “relativa” independência.

Marie-José Guédon diz que essa ideia de independência determina a razão de ser das Autoridades Administrativas Independentes, pois a crise do Estado e a não credibilidade com que contam os poderes públicos afetam directamente a legitimidade que o poder público possui. Dessa maneira, com a construção que tira o carácter político das ações do estado, tornando-os independentes, o estado não está agindo de forma “ni mystérieuse, ni masochiste”. Os fundamentos são que as agências apareçam como entes que tragam vantagens para os cidadãos, constituindo uma garantia de neutralidade, igualdade e objetividade em suas ações e que, ao mesmo tempo, beneficie o poder público que poderá intervir efetivamente em um setor sem que haja suspeitas de arbitrariedade ou parcialidade.⁹

⁸ MOREIRA, Vital ; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto da Lei-Quadro*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p.15

⁹ GUEDON, Marie-José. *Lês autorités administratives indépendantes*. Paris: LGDJ, 1991, p.25

Por fim, destaca-se a posição de Robertônio Santos Pessoa:

Somos partidários de uma concepção mais ampla de regulação, que nos parece mais sintonizada com o ideário do Estado Democrático de Direito (CF, art 1º, *caput*) de carácter marcadamente social como o nosso. Trata-se aqui, não de uma “regulação econômica” mas de uma “regulação social” que, refletindo uma segunda onda do fenómeno regulatório, assume tarefas que se situam para além de uma mera correção das distorções do mercado. Nesta concepção, a regulação tende a ser elevada à condição de instrumento político fundamental. Assim, se no estado de Bem-Estar a promoção do bem-comum se fundava numa atuação direta do Estado como agente produtor de bens e serviços, no Estado Regulador a supremacia do interesse público é viabilizado mediante uma atuação regulatória, que se traduz, predominantemente, na edição de regras gerais e abstratas destinadas a conformar a atuação de pessoas e instituições. Retirando-se o Estado da prestação direta de boa parte dos serviços públicos básicos e da exploração direta de atividades económicas reputadas estratégicas, passando as mesmas a serem exercitadas por particulares, surge a necessidade imperiosa de reorientar a atuação privada para fins de natureza pública, submetendo-a a uma “relação especial de poder”. De facto uma das ideias inerentes à regulação é conjugar as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público, especialmente quando uma determinada atividade apresentar relevância pública. Os particulares tornam-se em certo sentido, instrumentos de realização dos fins públicos perseguidos pelo Estado. Neste contexto, a regulação estatal, além de uma dimensão repressiva, ganha uma nítida dimensão promocional vinculada aos interesses públicos e sociais perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.¹⁰

Vital Moreira e Fernanda Maças ressaltam que o desenvolvimento das agências reguladoras se deu de forma desordenada, pois não houve um desenho comum, único. As agências foram surgindo em leis esparsas sem que existisse um “desenho orgânico e estrutural comum.”¹¹ Dessa forma, não é tarefa das mais simples traçar um conjunto de princípios comuns ou delimitar tais entes.

¹⁰ PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e Regulação*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.160

¹¹ MOREIRA, Vital ; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes, Estudo e Projecto da Lei-Quadro*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p.23-29

Exatamente por isso, os autores portugueses propõem o uso de alguns elementos ou critérios para a identificação desses entes. São eles: o objeto, a natureza administrativa, a independência, a neutralidade e a imparcialidade. Quanto ao objeto, a regulação visa assegurar a concorrência em setores estratégicos e sensíveis, além de proteger os direitos dos administrados. A respeito da natureza administrativa, afirmam que é quase a mesma dos demais entes, tendo como diferença justamente os traços de independência e neutralidade, independência que deve ser entendida em dois sentidos: o sentido orgânico (estrutural) e o sentido funcional.

A independência orgânica diz respeito ao modo de investidura e de garantia dos dirigentes. A independência funcional caracteriza-se pelo fato desses órgãos desempenharem seus papéis sem ordens ou instruções de outros órgãos. A neutralidade deve ser entendida como neutralidade política das decisões, isto é, as decisões tomadas pelos entes regulatórios devem ser de forma mais técnica possível, e não de acordo com eventuais interesses políticos. Só dessa forma é possível satisfazer o interesse público. Devem, por isso, os titulares dos cargos públicos das agências ter elevado grau de preparação técnica e científica de modo a facilitar que essa finalidade seja alcançada. A imparcialidade significa que todos os interesses em jogo devem ser levados em consideração, tanto das empresas como dos usuários e também do governo, sem que haja privilégios ou discriminações.

2. A FUNÇÃO REGULATÓRIA

Para definir o que vêm a ser a função regulatória, é preciso, de início, reafirmar que a mesma existe já há algum tempo. O que houve nos últimos anos foi uma alteração de conteúdo, alteração essa que Gaspar Ariño Ortiz destaca os seguintes aspectos: 1 – A regulação se acenta sobre o direito, mas não é só direito; 2 – A regulação tem uma base técnica, adequada ao “estado de arte” do setor que regula; 3 – A tomada de decisões regulatórias tem importância capital para o conjunto a ser disciplinado; 4 – A finalidade essencial da regulação é manter as atividades em marcha dentro de parâmetros fixados.¹²

¹² ORTIZ, Gaspar Ariño. Fallos y Logros De Los Sistemas Regulatorios. **Regulación, Desregulación, liberalización y competencia**, Madrid, 2006. p.25.

O mesmo autor traz um exemplo elucidativo ao comparar a regulação social com um regulador físico, para concluir que ambos têm uma forma de atuação muito parecida. No funcionamento de uma caldeira de vapor, grandezas como pressão, temperatura e calor precisam ser manejadas para que não ultrapassem níveis críticos com o fulcro de garantir a estabilidade do sistema e o seu perfeito funcionamento. Da mesma forma:

La regulación será aplicable a actividades que, por alguna razón, requieran estabilizarse u organizarse em función de determinados objetivos, em la que el enfoque, la perspectiva a considerar, será ordinariamente la proporcionada por las ciencias económicas.¹³

Assim como a caldeira de vapor precisa de uma atividade regulatória, onde são estabelecidas “regras” para que certos parâmetros não ultrapassem níveis pré-estabelecidos, o mesmo acontece com a regulação econômica. Só que, no lugar de serem controladas grandezas físicas como as acima mencionadas, devem ser objeto da regulação econômica a defesa e a ordem do sistema, do mercado. Nesta regulação, tem-se como objetivo conseguir as melhores condições de segurança, qualidade, preços e eficiência. Dessa forma, é necessária a participação de empresas solventes, estáveis, dinâmicas e rentáveis.

Cumprindo, ainda, não misturar a regulação econômica-setorial, com outras modalidades, como a ambiental, a sanitária, a fiscal. Essas últimas apesar de serem de suma importância não estão destinadas a assegurar a concorrência e o pleno funcionamento do mercado.

María Salvador Martínez ao dissertar sobre a regulação nos Estados Unidos sustenta:

La regulación consiste em “regular” em um sentido amplio, es decir, em ordenar y supervisar toda la actividad privada em um sector para garantizar su correcto funcionamiento, mediante la aprobacion de normas generales – lo que sería em sentido estricto “regular” – y, además, a través de actos singulares, como el otorgamiento de concesiones o la resolución de conflictos. La función de regulación, portanto, abarca el conjunto de todas aquellas actividades que sean necesarias para garantizar el funcio-

¹³ ORTIZ, Gaspar Ariño. Fallos y Logros De Los Sistemas Regulatorios. **Regulación, Desregulación, liberalización y competencia**, Madrid, 2006. p.26

ento correcto del ámbito regulado, actividades fundamentalmente normativas y de control, aunque no solo este tipo, y que variarán dependiendo de las necesidades concretas de cada sector. Las *independet agencies* estabeceem como deben actuar los privados em el sector regulado, fijan y controlan los precios, aprueban normas técnicas y de calidad, regulan el acceso a uma actividad econômica, controlan el cumplimiento de las normas e intervienen em caso de incumplimiento, pueden conceder a ciertos sujetos um régimen especial, e imponen sanciones econômicas, fijando ellas mismas la cuantía.¹⁴

Desse modo, é bastante claro que a regulação compreende a capacidade de edição de normas, de meios para garantir a aplicação e execução destas, bem como a fiscalização e punição de eventuais infrações. Justamente por isso, a doutrina majoritária assevera que a função reguladora engloba os três poderes de Estado, apesar de não se confundir com nenhum deles, nem com as funções da administração pública. Estas são eminentemente políticas, enquanto a regulação, por sua própria natureza, há de ser técnica.

Relevante ressaltar que a regulação não é atividade realizada exclusivamente pelas agências reguladoras. Em diversas situações a atividade regulatória é feita por órgãos ou pessoas jurídicas com estrutura tradicional. O Banco Central do Brasil, por exemplo, exerce relevante papel regulador do sistema financeiro nacional, inclusive, com uma densa produção normativa. Não é, contudo, um ente regulador independente, uma vez que, como autarquia tradicional, está vinculada, pela sua própria área de atuação, ao Ministério da Fazenda.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A REGULAÇÃO.

É necessário, antes de falar do princípio da legalidade, fazer mostra, ainda que sucinta, da evolução que os princípios sofreram, principalmente na segunda metade do último século, graças aos estudos de autores como Josef Esser, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin, Robert Alexy dentre outros.

Os princípios gerais do direito sofreram uma grande alteração no que diz respeito a eficácia, posição e formas de aplicação nos ordenamentos jurídicos. Saíram de uma posição inicial de apenas princípios gerais do direito, passando a

constar nas Cartas Constitucionais. Foram transformados, assim, em princípios constitucionais (de início como normas programáticas para posteriormente chegarem a uma posição com o alto teor e eficácia que possuem nos dias atuais). Deu-se uma evolução em busca de normatividade, de modo que ocupam hoje a posição mais alta dos ordenamentos. Superou-se a distinção existente entre princípios e normas, para chegar a uma diferenciação entre os princípios e as regras, ambos gêneros de uma espécie maior, as normas.

Essa evolução na teoria dos princípios foi assim sintetizada por Paulo Bonavides:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios de especulação, metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com o baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade. A perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.¹⁵

Vive-se, então, em um momento em que princípios ocupam posição privilegiada, de tal maneira que doutrinadores como Paulo Bonavides chegam a chamar de Estado Principiológico o Estado atual, dada a localização dos princípios no ápice da pirâmide normativa.

Humberto Ávila, apesar de tecer críticas, aponta os critérios utilizados por grande parte da doutrina para distinguir regras e princípios. O primeiro deles é o critério do caráter hipotético-condicional, segundo o qual as regras possuem uma hipótese e uma consequência pré-determinadas. Nelas, se a hipótese vier a

¹⁴ MARTÍNEZ, Maria Salvador. *Autoridades Independientes*. Barcelona: Ariel Derecho, 2002. p.351

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p.265

ocorrer a consequência já estará determinada, ao passo que, nos princípios, há indicação apenas de um fundamento que deve ser utilizado quando o operador for aplicar uma determinada regra num caso concreto.

O segundo critério é o do modo final de aplicação. As regras devem ser aplicadas no tudo ou nada proposto por Dworkin. Se a hipótese de incidência é verificada e a regra é válida, deve a mesma ser aplicada ou então a regra não é considerada válida. Já no que diz respeito aos princípios devem ser graduados. Será aplicado mais ou menos de acordo com o caso, e não o tudo ou nada.

O terceiro critério apresentado por Humberto Ávila diz respeito ao “relacionamento normativo”. Quando há conflitos entre regras, uma delas deve ser declarada inválida ou criada uma exceção. Já no conflito entre princípios, deve ser feita uma ponderação, uma valoração no caso concreto, para que a cada um dos princípios em conflitos possa ser atribuído um peso, que determinará a predominância de um em relação ao outro.

Graças a essa possibilidade de valoração dos princípios em sua aplicação, vários autores afirmam que as cartas constitucionais dos atuais “Estados Principiológicos” são, na verdade, ordens objetivas de valores. Valores esses que são fundamentos determinantes axiológicos dos ordenamentos.

Eros Roberto Grau, defendendo a normatividade dos princípios no direito brasileiro, mostra como exemplos os Artigos 1º, 2º, 17, 18 e 37¹⁶ da Constituição Federal. Afirma que são nitidamente exemplo de normas jurídicas, pois mesmo que a doutrina majoritária os entenda como princípios, possuem, em sua previsão, estrutura suficiente para serem caracterizados como normas, apenas estão enunciando uma série indeterminada de fatispécies¹⁷ e de modo implícito se faz presente também a estatuição.

Justamente o Art. 37¹⁸ da Constituição da República, citado por Eros Roberto Grau como exemplo de princípio vem a interessar. Em seu *caput*, deixa

¹⁶ Humberto Ávila não concorda com a afirmação de que determinado dispositivo constitucional é, regra ou princípio, pois afirma que cumpre ao interprete a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo a ser interpretado e os valores, para dependendo da finalidade a ser alcançada, de forma argumentativa intensificar ou deixar de intensificar, chegando ao fim a possibilidade de considerar uma determinada norma, como princípio ou como regra. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p.35)

¹⁷ Nomenclatura traduzida para o Português sugerida por José de Oliveira Ascensão (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito, Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994. p.36)

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

bem claro que a legalidade é um dos princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Também o Art. 5º, II¹⁹, além do Art. 5º, LXIX, que trata da proteção pelo mandado de segurança em caso de ilegalidade ou abuso de poder quando não couber *habeas corpus* ou *habeas data*. Anteriormente foi visto que a função regulatória como gênero é exercida pelas Agências engloba, como espécie, a função normativa. Até que ponto, então, é possível que as agências exerçam esse papel sem ir de encontro ao princípio da legalidade, situado hoje, como já se mostrou, no ápice da pirâmide normativa.

Evidentemente que a resposta a esta formulação há de ser pautada na Constituição Brasileira. A extensão e os limites do princípio da legalidade não são os mesmos de ordenamentos alienígenas como o francês e o português. O rigor desse princípio, tanto no que diz respeito à reserva e à primazia da lei, é bem maior. Nesse sentido, basta observar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites do poder regulador das agências brasileiras.

Já no direito francês, a Constituição de 1958 limitou a atuação do legislador a áreas definidas, estabelecendo em seu art. 34²⁰ que haveria a fixação de

¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

²⁰ Article 34 :

La loi est votée par le Parlement.

La loi fixe les règles concernant:

les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale; l'amnistie; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant:

le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales;

la création de catégories d'établissements publics;

les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat;

les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux:

de l'organisation générale de la Défense Nationale;

de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources;

de l'enseignement;

de la préservation de l'environnement;

du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales;

du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programme déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

princípios e balizas e que, naquelas áreas previamente estabelecidas, existiria a necessidade de lei, a reserva legal. Nas demais áreas, o poder normativo será exercido através de regulamentos autônomos.²¹

Assim como o Estado vem ao longo do tempo sofrendo uma evolução, passando por diversos modelos, o mesmo ocorreu com a legalidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²² afirma que o princípio da legalidade, tal como é entendido hoje, surgiu com o Estado de direito. Em um primeiro momento, durante o liberalismo, vivia-se a fase do *laissez faire, laissez passer*. A função do estado era de garantidor das liberdades e da propriedade. Toda a administração pública era submetida à lei, por isso, era restrita essa legalidade, pois o que estava fora das garantias da liberdade individual e da propriedade não estava sob sua incidência. A administração poderia fazer tudo que não estivesse proibido por lei. Essa função restrita ficou conhecida como doutrina da vinculação negativa da administração pública. Aos poderes Executivo e Judiciário cabia só a função de executar o que havia sido emanado pelo poder Legislativo, que representava, na verdade, a vontade geral do povo.

A mesma autora mostra ainda que, com o declínio do liberalismo nos fins do século XIX, passou o Estado de direito a ter um papel mais atuante, garantindo, além dos direitos individuais, também os direitos sociais e econômicos. Esse novo papel representava uma maior intervenção na ordem econômica e social, um crescimento do poder de polícia, da intervenção no domínio econômico e da participação nos setores antes exclusivamente privados, com um conseqüente aumento do “tamanho” da máquina estatal. Houve também o fortalecimento do Poder Executivo, podendo baixar regulamentos autônomos ou figuras semelhantes, e participar do processo legislativo. Foi nesse período que a Administração deixou a doutrina da vinculação negativa passando para a vinculação positiva, o que significa que a Administração só poderia fazer aquilo que a lei permitisse, ficando toda a administração pública sujeita à legalidade.

Com a densificação das relações sociais de qualquer natureza, inclusive econômicas, os tradicionais parlamentos, em virtude da natural lentidão e da falta de especialização de seus membros, tornaram-se insuficientes para atender

às necessidades crescentes de normatização. É a partir desse quadro que surgem soluções como a multiplicação dos *delegated acts* nos Estados Unidos e dos regulamentos autônomos na França (a partir da Constituição de 1958), além de outras formas de deslegalização destacadas por Eduardo Garcia de Enterría.²³

Ocorre que, com a possibilidade do Executivo “legislar” (emitir atos com força de lei), essa “legalidade” alcançava, além da lei propriamente dita, originária do parlamento, também esses atos. Tal fato levou, nesse período, a uma perda, por parte das leis do valor sociocultural positivo que possuíam anteriormente, fundada inclusive, na idéia de tripartição de poderes. Hoje é mais adequado se falar em transferência de funções ou repartição de funções que em independência de poderes.

Posteriormente, sob influência da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, ganham força os princípios gerais do direito, que passaram à posição de princípios constitucionais, como já foi dito anteriormente. A partir daí Grande parte dos países europeus foram influenciados em suas Constituições. O princípio da legalidade sofre uma nova ampliação, passando a englobar também princípios, valores. Como consequência, houve uma redução da discricionariedade administrativa. Foi também nesse período que a participação dos cidadãos aumentou consideravelmente, tanto no controle da Administração como no processo legislativo. Cita-se os plebiscitos, os referendos, a criação de órgãos que funcionam como ouvidorias. Trata-se, em síntese, da evolução da democracia representativa para a democracia participativa, tendo como um de seus grandes instrumentos a procedimentalização como forma de legitimação das Administrações Públicas, inclusive policêntricas, da qual as agências são um expressivo exemplo.

Nos Estados Unidos onde o direito, de início, era sobretudo consuetudinário (*Common Law*), mesmo com a ampliação da participação do Legislativo no ordenamento jurídico com o expressivo número de “acts” do parlamento, nunca houve oposição científica ao surgimento de centros diversos, menores, de produção normativa desde que procedimentalmente legitimados. Essa descentralização vem ocorrendo através de duas figuras. A primeira é a delegação, face ao grande número de “*delegated acts*”. A segunda é o poder normativo (*rule-making power*) atribuído a entes como as agências reguladoras. Em 1946, sur-

²¹ FAVOREU, Louis *et al.* *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1998. p.732

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. Direito Regulatório. Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p.30

²³ ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Civitas, 1998. p.108.

giu o APA (*Administrative Procedure Act*) que estabelecia os diversos tipos de procedimentos para o *rulemaking power* das agências americanas e previa expressamente a participação dos cidadãos no procedimento de criação, a depender de quão afetados fossem os interesses da população²⁴.

Nesse ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz uma crítica sobre a não adoção com a devida intensidade da “procedimentalização democrática” no Brasil, que merece ser transcrita integralmente:

No Brasil, embora se tenha buscado a inspiração no modelo das agências norte-americanas, evidentemente não se copiou o procedimento de elaboração das normas pelas agências. Ressalvadas algumas leis esparsas que prevêm audiências públicas, consulta pública e instrumentos semelhantes (na maior parte dos casos sem caráter obrigatório), não existe a imposição, como regra geral, de participação do cidadão no processo de

²⁴ Administrative Procedure Act (1946)

§ 553. Rule making

(a) This section applies, according to the provisions thereof, except to the extent that there is involved

(1) a military or foreign affairs function of the United States; or

(2) a matter relating to agency management or personnel or to public property, loans, grants, benefits, or contracts.

(b) General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include -

(1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings;

(2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and

(3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved. Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply -

(A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or

(B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefor in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest.

(c) After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection.

(d) The required publication or service of a substantive rule shall be made not less than 30 days before its effective date, except -

(1) a substantive rule which grants or recognizes an exemption or relieves a restriction;

(2) interpretative rules and statements of policy; or

(3) as otherwise provided by the agency for good cause found and published with the rule.

(e) Each agency shall give an interested person the right to petition for the issuance, amendment, or repeal of a rule. (disponível em http://biotech.law.lsu.edu/Courses/study_aids/adlaw/553.htm)

elaboração das normas baixadas pelas agências. O que contribui para retirar-lhes grande parte da legitimidade.²⁵

No período atual com a alteração sofrida pelo Estado, com a redução do tamanho da máquina estatal, estamos diante de um modelo de Estado Gerencial, regulador, que tem os princípios como ápice em uma cadeia hierarquizada de normas. Dentre esses princípios está justamente a legalidade, segundo o qual há necessidade do comando legal para que o Estado possa agir. Justo nesse Estado em que se dá tanta importância aos agentes reguladores dentre cujas atribuições está justamente a de emitir atos normativos.

Juarez de Freitas:

A subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. (...) A Legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. (...) Com efeito, a soberania da Constituição, de que fala Gustavo Zagrebelski, deve ser vista, antes de tudo, como soberania de princípios à procura de síntese no intérprete constitucional. O princípio da legalidade precisa ser então, compreendido e aplicado, no contexto maior do acatamento que a Administração Pública deve ao Direito. É esta acepção mais funda em nossos tempos, que ultrapassa o antigo e paradoxal lema do “government of laws, not of men”.²⁶

O princípio da legalidade, no que diz respeito à administração pública, obriga-a a respeitar as regras postas pelo legislador. Tal princípio comporta duas perspectivas que são o princípio da primazia da lei e o da reserva legal (existência de um domínio reservado à lei).

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. Em *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p.35

²⁶ FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.44-45

Hartmut Maurer afirma que a primazia da lei exprime a submissão da administração às leis, de modo que nenhuma medida que entre em contradição com elas pode ser tomada, "*les règlements des autorités gouvernementales contraires au droit sont nuls*".²⁷

Já a reserva legal significa que a administração só pode exercer determinada ação se foi habilitada a fazê-la através de uma lei. É o que Wolff, Bachof e Stollen²⁸ chamam de legalidade da administração em sentido positivo, enquanto o princípio da primazia da lei é chamado de legalidade da administração em sentido negativo, de modo que a administração "se deve mover no quadro do direito e da lei" nas palavras dos autores.

Tal legalidade em sentido positivo é assim chamada por exigir de maneira positiva a existência de uma base legal, base esta que vai permitir que a administração exerça determinada ação. O mesmo Hartmut Maurer elenca diversos fundamentos para a existência da reserva legal. Primeiramente, a dicção expressa da Constituição. No caso brasileiro, pode ser encontrada no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Em segundo lugar, há o princípio democrático. Este exige que as decisões essenciais para a população, o bem comum, sejam tomadas pelo parlamento eleito pelo povo, que dessa eleição retira sua legitimidade democrática para exercer essa tarefa. Com isso, há a reserva de determinadas matérias para o legislador eleito, de modo que a Administração Pública só poderá agir com a existência de uma habilitação legal emitida pelo parlamento (lei), não podendo atuar por iniciativa própria dentro dessa área reservada.

Em terceiro lugar, está o princípio do estado de direito, estritamente ligado à legalidade. Exige que as relações jurídicas entre o estado e os cidadãos sejam regidas por leis gerais, que não autorizam a simples ação por parte da administração, mas somente autoriza ações que devem ser previsíveis pelos cidadãos, como modo de garantir-lhes certa dose de segurança.

Por fim, o já citado Maurer²⁹ alude à existência de direitos fundamentais, assegurando de maneira geral a proteção da propriedade e a liberdade dos indivíduos. Dessa forma, não pode haver restrições a tais direitos a não ser por

meio de uma lei ou tendo uma lei como base³⁰, pois se encontram em uma posição hierarquicamente superior. A reserva legal no que diz respeito aos direitos fundamentais, mesmo sem dicção constitucional expressa, funciona como uma reserva decorrente de texto expresso da Constituição para outras áreas. Isso é uma decorrência direta do estado de direito e do princípio democrático, os quais exigem que os limites para os direitos fundamentais sejam fixados exclusivamente pelo parlamento (dado a legitimação democrática que o mesmo possui).

Alerta, porém, que em tais fundamentos citados relativos à reserva legal, o termo lei deve ser entendido em sentido formal, isto é, a lei emitida pelo parlamento observado todo o processo legislativo. Também se enquadram nesse conceito os atos normativos que têm como base uma lei formal, que define seus limites e a fixação do conteúdo.

Nesse sentido, vale a pena a transcrição de julgado do Tribunal Constitucional Alemão que bem destaca esse aspecto:

109. BVERFGE 8, 274
(PREISGESETZ)

O problema, visto no dispositivo pelos juízes e tribunais apresentantes, foi a competência muito indeterminada concedida a órgãos da Administração para regular a matéria por meio de decretos e medidas administrativas. (...)

Decisão (*Beschluss*) do Segundo Senado de 12 de novembro de 1958: Os princípios do Estado de Direito exigem que também os poderes delegados ao Executivo para a edição de atos administrativos onerosos sejam, por meio de lei autorizadora, suficientemente determinados e delimitados em seu conteúdo, objeto, propósito e extensão, de tal forma que as intervenções sejam mensuráveis, bem como sejam, em certa extensão, previsíveis e calculáveis para os cidadãos. (...) Isso resulta principalmente do princípio da legalidade da Administração [dos atos da Administração]. Este princípio não exige apenas qualquer, mas uma autorização do Executivo para edição de atos administrativos onerosos que seja delimitada e

²⁷ MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J. 1994. p.109-113

²⁸ WOLFF, Hans j; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf: *Direito Administrativo*. V.1. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p.441

²⁹ MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J. 1994. p.112

³⁰ A Constituição Alemã de 1949 possui dicção expressa a esse respeito: Art. 19: Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental pode ser restringido por lei ou com base numa lei, essa lei tem que ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente.

o mais determinada possível. Ele tem por objetivo tornar as intervenções do poder público, na medida do possível, calculáveis. A lei deve regulamentar o conteúdo da atividade administrativa, não podendo se limitar a estabelecer princípios gerais a serem observados. Um vínculo legal meramente formal da intervenção administrativa não basta. Uma “cláusula geral vaga”, que deixa a critério do poder discricionário do Executivo o estabelecimento de limites à liberdade no caso concreto, não é compatível com o princípio da legalidade da Administração [dos atos da Administração]. (...) Isto resulta também do princípio da divisão de poderes. Se os poderes do Executivo não são mais suficientemente determinados, ele (Executivo) não mais executa a lei, não agindo mais segundo as linhas gerais traçadas pelo Legislador, mas decide no lugar deste. Isto viola o princípio da divisão de poderes (...) Finalmente, isso decorre da exigência, pelo Estado de direito, de proteção legal, na medida do possível sem lacunas, contra violação da esfera jurídica do indivíduo por meio de intervenções do Poder Público, tal qual hoje garantido pelo Art. 19 IV GG. A tarefa relativa à proteção jurídica atribuída por essas normas ao Judiciário somente pode, então, ser concretizada se a aplicação, pelo Executivo, da norma que intervenha na esfera jurídica do cidadão puder ser examinada pelos tribunais. A autorização de intervenção deve ser, também por esse motivo, suficientemente determinada. (...).³¹

No Brasil, há ainda a figura da medida provisória que tem força de lei. Para sua edição, entretanto, é necessário que sejam observados os requisitos constitucionais de relevância e urgência, estes diversas vezes desrespeitados, dando origem a medidas inconstitucionais, como por exemplo, a que criou a ANCINE.

Havendo essa possibilidade de edição de atos normativos que não ferem o princípio da legalidade, desde que tenham como base uma lei formal e que esta defina os limites e a fixação do conteúdo que esses atos vão tratar, deve-se analisar, no caso dos atos normativos emitidos pelas agências reguladoras no Brasil, quais os requisitos necessários para a correta feitura dos mesmos, de modo a estarem plenamente de acordo com o princípio da legalidade.

³¹ MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: 2005. p. 845-847

Em primeiro lugar, salienta-se que a competência normativa atribuída às agências é um poder normativo de segundo grau, visto que deve se enquadrar no previsto pelas respectivas leis criadoras e deve com estas e com todas as normas hierarquicamente superiores ser compatíveis. Tais leis criadoras devem ainda estabelecer os limites, a área técnica sob a qual devem as agências editar suas regras. A título de exemplo, pode-se citar a Lei n.º 9.427 de 26 de dezembro de 1996 que criou a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, que dispõe em seu Art. 3.º sobre as competências dessa Agência e diz expressamente no inciso XIX: “regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação.”

Já a Lei n.º 9.472 de 16 de julho de 1997, criadora da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, dispõe no Art. 19: “À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:” em seus incisos X e XII diz respectivamente: “X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado.” e “XII - expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem.”

Assim como se estabelecidos nas leis criadoras da ANEEL e da ANATEL, todas as agências criadas tiveram essa competência estabelecida, permitindo a edição de atos normativos, desde que observados limites, em face da legalidade, por exemplo, pode-se citar a mensagem de veto do Presidente da República ao inciso XXI do Art. 23 da Lei n.º 11.445 de 05 de janeiro de 2007 que estabelecia:

Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: XII - penalidades pelo descumprimento de normas.” Razões do Veto: Quanto ao mérito, registra-se que o inciso XII do art. 23 da proposição concede à entidade reguladora permissão para expedir normas relativas à imposição de penalidades pelo descumprimento de regras. Entretanto, constata-se que o Projeto de Lei não define as infrações, nem as penalidades que podem ser aplicadas. Tampouco cabe à entidade reguladora legislar a respeito, sob pena de ferir o princípio da reserva legal que limita o exercício da função punitiva do Estado somente às infrações definidas em lei, o que exclui a possibili-

dade de criação de infrações, ainda que administrativas, no âmbito de qualquer dos poderes do Estado que não seja o Legislativo.³²

Há doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho, que sustentam ser a natureza dos atos editados pelas agências reguladoras verdadeiros regulamentos com a mesma natureza dos emitidos pelo Chefe do Executivo:

Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem função regulamentadora, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é direta, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de consequência, qualquer outro ato intermédio entre a lei e o ato normativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar.³³

Com a devida vênia ao professor carioca, não se pode afirmar, diante do texto expresso da Constituição Federal em seu Art. 84, IV³⁴, que as agências exercem função regulamentadora, haja vista o texto constitucional prever expressamente que a expedição de decretos e regulamentos é ato privativo do Presidente da República, enquanto a possibilidade de emissão de atos normativos pelas agências decorre de lei ordinária. Além desse aspecto, os decretos e regulamentos previstos no Art. 84 da Constituição Federal são atos políticos, enquanto a edição de atos normativos pelas agências deve ser pautada por critérios técnico-econômicos. Apesar dessas diferenças, muitos aspectos dos dois institutos se assemelham.

³² Razões do Veto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Msg/VEP-09-07.htm>. Acesso em: 11 mar. 2007

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 87-89.

³⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao falar sobre a emissão de regulamentos pelo poder Executivo, faz uma análise que pode ser aproveitada, com as devidas alterações, para os atos normativos das agências reguladoras. Em primeiro lugar, chama atenção que:

A criação de normas jurídicas pelo Executivo, que cada vez mais se incrementa, como fenômeno do século, decorre não só da crise do Parlamentarismo como, e, principalmente, da incapacidade revelada pelo chamado Poder Legislativo de fazer leis. Realmente, trata-se de órgão que representa as diferentes correntes da opinião pública, manifestadas nos partidos políticos e nas organizações profissionais, mas sem preparo técnico, científico, sociológico e jurídico para o mister legislativo. Daí a entrega ao Executivo de tal cometimento, que se vale de órgãos administrativos especializados para tanto. Demais, as Assembléias Legislativas não possuem a mesma flexibilidade e não têm a mesma rapidez que as repartições administrativas na elaboração de normas jurídicas urgentes e complexas.³⁵

Afirma o citado autor que as leis de delegação ou leis de habilitação, chamada pelos franceses de *Lois-Cadres* (leis quadro), devem traçar contornos limitativos à ação do Executivo. Tais leis justamente delimitam o objeto sob o qual o Executivo poderá exercer posteriormente a edição de atos normativos.

A lei da habilitação fixa os princípios gerais da ingerência governamental e entrega ao Executivo o encargo de determinar e verificar os fatos e as condições em que os princípios gerais devem ter aplicação.³⁶

Há, portanto, a necessidade de que as leis de habilitação tracem os limites que devem ser obedecidos pelas agências reguladoras. Carlos Roberto Siqueira Castro, ao comentar decisões da Suprema Corte Americana em julgados que diziam respeito às previsões da (*National Industry Recovery Act*) NIRA, de 1933, afirma que os julgamentos dizem não ser constitucionalmente possível uma delegação legislativa aberta e irrestrita, de modo a possibilitar que a agência

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. 3ed. V.1. São Paulo: Malheiros, 2007. p.365

³⁶ Ibidem. p.367

governamental viesse a estabelecer atos normativos verdadeiramente primários. Isso seria, na verdade, uma “abdicação legislativa” (pois o Congresso estaria transferindo o poder-dever de legislar), e não uma divisão de competências na qual estariam preservados o órgão delegante com a função de legislar e também de reverter a delegação, em sistema semelhante ao do Art. 49, V³⁷, da Constituição Brasileira³⁸.

Carlos Roberto Siqueira diz ainda que deve ser feita essa distinção entre delegação normativa e abdicação normativa. A criação de uma agência reguladora com a delegação sem os limites estabelecidos (*standards* mínimos) para orientar e limitar o exercício da função normativa é incompatível com a separação de poderes, com a legalidade e com a supremacia do congresso em matéria legislativa, pois a agência deixaria de ser uma executora de políticas públicas e emissora de normas secundárias para se tornar um verdadeiro legislador originário sem as limitações que deveriam ter sido estabelecidas pelo Congresso.

Destaque-se o fato de que os atos normativos originários das agências não podem ir de encontro a atos legislativos aprovados pelo Congresso, dada a hierarquia existente. As agências recebem um poder normativo técnico para a edição de normas técnicas, complementares, dentro de um esqueleto com limites e conteúdo estabelecidos pelas leis habilitadoras.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668, tratando justamente da extensão aos poderes normativos da ANATEL (Lei 9.472/97) decidiu:

Decisão: O Tribunal, por votação unânime não conheceu da ação direta, quanto aos arts. 8º e 9º, da Lei nº 9.472, de 16/7/97/. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, apreciando normas inscritas na Lei nº 9.472 de 16/7/97 resolveu: (...) 3) Deferir, em parte, o pedido de medida cautelar, para: a) quanto aos incisos IV e X, do art. 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme à Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e

³⁷ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

³⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). O Poder Normativo das Agências Reguladoras. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 87-89

regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado, vencido o Ministro Moreira Alves, que o indeferia;³⁹

A manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto a esses artigos é clara. Trata-se de atividade típica das agências, função regulatória. Desse modo a decisão do STF só vem confirmar que tais atos estão submetidos à legalidade. Já quanto ao Art. 119 da referida lei: “A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei”, que tratava de verdadeira abdicação legislativa, nas palavras de Carlos Siqueira Castro, pois não trazia *standarts* mínimos, deixando “tudo” nas mãos da ANATEL, decidiu o Supremo:

1) deferir, por votação unânime, o pedido de medida cautelar, para suspender, até a decisão final da ação, a execução e aplicabilidade das expressões “simplificado” e “nos termos por ela regulados”, constantes do art. 119;⁴⁰

José dos Santos Carvalho Filho, em feliz observação, acerta ao afirmar que:

O Foco do problema, porém, se situa no modo e na forma como os administradores públicos – no caso os dirigentes das agências – vão fazê-lo, isto é, vão editar normas técnicas de caráter geral e abstrato relativas ao setor cuja fiscalização lhes incube. Quer dizer: é preciso saber se as normas que editarem estão realmente compatíveis com os *standarts* contidos na lei. Vários são os requisitos que tais administradores deverão possuir para a consecução dos objetivos da lei. Primeiramente, tais agentes devem ser administradores, e não políticos; quem converte a função administrativa em função política fatalmente descarta o verdadeiro esco-

³⁹ Inteiro teor do acórdão.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?SEQ=347202&PROCESSO=1668&CLASSE=ADI%2DMC&cod_classe=555&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=&EMENTA=2147>. Acesso em: 10 mar. 2007

⁴⁰ Ibidem.

po legal e dissimula seu desvio de finalidade. Aqui não nos estamos referindo a políticas públicas: estas existirão sempre, pois que representam as ações e estratégias a serem adotadas pelo administrador. A referência foi feita àquela política em que o fim ultimo da atuação do agente é de caráter pessoal, não levando em conta os interesses da coletividade – aquela, afinal, que visa a benefícios e ambições pessoais do agente. Outro requisito é a eficiência, ou seja, a competência dos administradores para o exercício de seus misteres, competência registre-se em seu sentido comum, indicando a necessidade de especialização técnica dos administradores no setor de influência das agências. Se os dirigentes dessas entidades não estão afeiçoados ao setor que lhes cabe controlar, os resultados serão inevitavelmente desastrosos. Nesse caso, de nada terá adiantado a relativa independência administrativa que lhes foi concedida.⁴¹

Não há, portanto, o problema que se faz parecer ao se falar da possibilidade das agências reguladoras editarem atos normativos. A questão apresenta solução bastante conhecida no ordenamento nacional, idéia semelhante ao que temos há bastante tempo para os regulamentos (com as distinções feitas anteriormente). O verdadeiro problema que se apresenta nesses 10 anos de existência dos entes reguladores é, na verdade, a captura e a politização, que faz com que as agências não visem o bem comum, mas se tornem instrumentos no interesse do capital.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Agências Reguladoras e Poder Normativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (org.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 87-89.